

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

De functionele onafhankelijkheid van de magistraat

Mallien, Michael

Published in:

Het statuut en de deontologie van de magistraat

Publication date:

2020

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mallien, M 2020, De functionele onafhankelijkheid van de magistraat. in *Het statuut en de deontologie van de magistraat*. La Chartre, Bruges, pp. 115-136.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

HOOFDSTUK 2.

DE FUNCTIONELE ONAFHANKELIJKHEID

MICHAËL MALLIEN, gastprofessor universiteit Namen en Antwerpen, lector ULB, wetenschappelijk medewerker CeFAP – UCLouvain, professor EPHEC, advocaat balie van Brussel

*Afdeling 1. De functionele onafhankelijkheid van magistraten van de zetel***I. Aard en juridische grondslag***A. De rechterlijke onafhankelijkheid als grondwettelijk voorschrift en als algemeen rechtsbeginsel*

Artikel 151, § 1 van de Grondwet stelt dat “*de rechters onafhankelijk zijn in de uitoefening van hun rechtsprekende bevoegdheden*”. Hoewel deze bepaling pas uitdrukkelijk werd opgenomen in de Belgische Grondwet tijdens de grondwetsherziening van 20 november 1998, lijkt het geen twijfel dat de grondwetgever dit beginsel al zonder voorbehoud had bekrachtigd in 1831.

Uit de debatten in het Nationaal Congres blijkt dat het beginsel van de rechterlijke onafhankelijkheid en de door Montesquieu (545) uitgewerkte *Trias Politica* veel aanhang hadden. Op het institutionele vlak vertaalden deze twee beginselen zich in de drie machten die de Belgische Staat in het leven riep. Het beginsel van de rechterlijke onafhankelijkheid werd niet uitdrukkelijk afgekondigd. Toch werd die onafhankelijkheid al verze-kerd in de Grondwet van 7 februari 1831 dankzij een aantal andere beginselen, namelijk de onafzetbaarheid van rechters (546), het monopolie voor de wetgever om nieuwe rechtsgebieden in het leven te roepen (547) en om het financiële statuut van magistraten vast te leggen (548), de openbaarheid van zittingen en de motivering van vonnissen (549) ... Algemeen vertrouwde de Grondwet, via artikel 30, § 1 (ondertussen artikel 40, § 1) de opdracht om te oordelen exclusief toe aan de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde (550).

Het Hof van Cassatie ontwaarde vanaf 1979 een algemeen rechtsbeginsel in de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van rechters, dat van toepassing is op alle rechtsgebieden (ook in tuchtzaken) (551).

(545) Zie onder andere de toespraken van procureur-generaal Joseph Raikem voor het Nationaal Congres, vermeld en geanalyseerd door K. MUNUNGU LUNGUNGU, “Le management judiciaire ou le glas de l’indépendance du juge”, *Rev.dr. ULB* 2014, boek 1-2, p. 130 tot 133 en door G. SEDEYN, “De Grondwetgever van 1831 en de institutionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht: een onvoltooide symfonie” in F. FLEERACKERS en R. VAN RANSBEECK, *Recht en onafhankelijkheid: gerechtelijke macht in perspectief*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2008, p. 41 tot 46.

(546) Grondwet van 1831, art. 100 (oorspronkelijke nummering).

(547) *Ibid.*, art. 94.

(548) *Ibid.*, art. 102.

(549) *Ibid.*, art. 97.

(550) K. MUNUNGU LUNGUNGU, *o.c.*, p. 131.

(551) “*Hoewel niet alle bepalingen van artikel 6, § 1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens van toepassing zijn in tuchtzaken, is het wel degelijk een algemeen rechtsbeginsel dat de rechtbank onafhankelijk en onpartijdig moet zijn*” (vrije vertaling) – Cass. 20 september 1979, *Pas.* 1980, I, p. 96,

De grondwetgever van 1998, die het beginsel van de rechterlijke onafhankelijkheid in (het toentertijd nieuwe) artikel 151, § 1 van de Grondwet verankerde, wou enkel de “vandaag geldende principes inzake onafhankelijkheid inschrijven” (552). Net omdat er “reeds een algemeen rechtsbeginsel bestond voor de formele invoering van de regel in de Grondwet, oordelen de meeste auteurs terecht dat deze herziening veeleer *symbolisch* is en de toestand van het geldende recht nauwelijks heeft gewijzigd” (553) (vrije vertaling).

Hoe symbolisch deze inschrijving ook is, toch hameren bepaalde auteurs op de “*vanzelfsprekendheid*” van de inschrijving van de rechterlijke onafhankelijkheid in de Grondwet. Het is voor de rechtzoekende immers van groot belang om te kunnen rekenen “*op een onpartijdige behandeling van zijn dossier, zonder beïnvloeding door anderen of instellingen, zonder externe noch interne druk op de manier waarop de bevoegde rechter het geschil beslecht. Het misbruik in dat kader wordt terecht aan de kaak gesteld.*” (554)

B. De rechterlijke onafhankelijkheid als fundamenteel recht van de rechtzoekende

De artikelen 14.1 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) (555) en 6.1 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (556) garanderen elke rechtzoekende overigens het recht op een eerlijk proces en, bijgevolg,

alsook de openingsrede van procureur-generaal Ganshof Van Der Meersch en de rechtspraak van het Hof van Cassatie vermeld door K. MUNUNGU LUNGUNGU, *o.c.*, p. 136, noten 452 en 453.

(552) *Parl.St.* Kamer 1997-98, nr. 1675/1, p. 5 vermeld *ibid.*, www.dekamer.be.

(553) F. BOUHON en M. LACROIX, “L’(ir)responsabilité du pouvoir judiciaire: fondement et mise à l’épreuve de l’immunité judiciaire en droits québécois et belge”, *Rev.dr.intern.comp.* 2017, boek 3, p. 417 (eigen onderstreping) en de referenties vermeld onder noot 125, in het bijzonder J.-Fr. en S. VAN DROOGHENBROECK, “Les garanties constitutionnelles de l’indépendance de l’autorité judiciaire” in E. DIRIX en Y.-H. LELEU, *Rapports belges au Congrès de L’Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Brussel, Bruylant, 2006, p. 524.

(554) J. GEYSEN, “Twee categorieën magistraten in de Grondwet: zetel naast OM” in F. FLEERACKERS en R. VAN RANSBEECK, *o.c.*, p. 79-80.

(555) “*Bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgung, of het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen in een rechtsgeding, heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige bij de wet ingestelde rechterlijke instantie. De toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende het gehele proces of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of de nationale veiligheid in een democratische samenleving, of wanneer het belang van het privéleven van de partijen bij het proces dit eist, of in die mate als door de rechter onder bepaalde omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer openbaarmaking de belangen van de rechtspraak zou schaden; evenwel dient elk vonnis dat wordt gewezen in een strafzaak of een rechtsgeding openbaar te worden gemaakt, tenzij het belang van jeugdige personen zich daartegen verzet of het proces echtelijke twisten of het voogdijschap over kinderen betreft.*” (eigen markering)

(556) “*Allen zijn gelijk voor de rechtbanken en de rechterlijke instanties. Bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgung, of het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en plichten, heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige rechterbank die bij de wet is ingesteld. De toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende het gehele proces of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of de nationale veiligheid in een democratische samenleving, of wanneer het belang van het privéleven van de procespartijen dit eist, of in die mate die de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk acht, wanneer de openbaarheid de belangen van de rechtspraak zou schaden; evenwel dient elk vonnis dat wordt gewezen in een strafzaak of een rechtsgeding openbaar te worden gemaakt, tenzij het belang van jeugdige personen zich daartegen verzet of het proces echtelijke twisten of het voogdijschap over kinderen betreft.*” (eigen markering)

dat zijn zaak wordt behandeld door een onafhankelijke en onpartijdige rechtbank. Deze internationale bepalingen dateren van lang voor de grondwetsherziening van 1998. Ze hebben een rechtstreekse werking in het interne recht (557) en konden al worden ingesproken voor de Belgische rechter (558), net zoals de omvangrijke Straatsburgse rechtspraak inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid waartoe dat tweede artikel heeft geleid (559).

De aanbeveling CM/Rec(2010)12 van de Raad van Europa, aangenomen op 17 november 2010, stelt dat “*de onafhankelijkheid, zoals gevrijwaard door artikel 6 van het Verdrag*” tot doel heeft “*elkeen het recht (te garanderen) om een billijk oordeel te krijgen over zijn zaak, louter op basis van de toepassing van het recht, en zonder ongewenste beïnvloeding*” (560), en dat er in dat opzicht “*geen voorrecht of privilege is dat in het persoonlijke belang (van de rechters) wordt toegekend, maar wel in het belang van de rechtsstaat en van eenieder die een onpartijdige rechtspraak vraagt en verwacht*” (561). A. Seibert-Fohr neemt afstand van de visie waarin de rechterlijke onafhankelijkheid de vrijheid van het gerechtelijk apparaat zou vrijwaren, en stelt dat “*not only the judiciary is itself part of the government, but judicial independence has the purpose of protecting the individual (not the judiciary) in his right to a due process*” (562). De grondwetgever was eenzelfde mening toegedaan toen hij het onafhankelijkheidsbeginsel uitdrukkelijk inschreef onder artikel 151, § 1 van de Grondwet (563). Die gedachtegang staat vandaag te lezen in de *Gids voor de magistraten*, opgesteld in 2012 door de Hoge Raad voor de Justitie (564).

De rechtzoekende heeft dus recht op een onafhankelijke rechter, wat essentieel is voor een eerlijk proces, en kan de zaak naar Cassatie brengen indien de onafhankelijkheid in

(557) Zie noot X. DE RIEMAECKER en G. LONDERS, *Statut & déontologie du magistrat*, Brussel, la Charte, 2000, p. 29.

(558) De Belgische rechters zijn gebonden door deze Straatsburgse rechtspraak – zie (impliciet) Cass. 14 april 1983, *JT* 1983, p. 607. *Adde*: O. DE SCHUTTER, “La coopération entre la Cour Européenne des Droits de l’Homme et le Juge national”, *Rev.dr.intern.* 1997, p. 29, nr. 38 e.v.; M. MALLIEN, *Le contentieux judiciaire parental à propos de l’éducation de l’enfant. Hiérarchie et inventaire des principaux critères d’appréciation retenus par les juges*, doctoraatsthesis in de rechtswetenschappen aan de UCLouvain, Brussel, Larcier, 2017, p. 106, nr. 101.

(559) Deze rechtspraak kunnen we hier onmogelijk in detail behandelen. Zie J.-Fr. en S. VAN DROOGHENBROECK, “Les garanties constitutionnelles de l’indépendance de l’autorité judiciaire” in E. DIRIX (uitg.), *Rapports belges du congrès de l’académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Brussel, Bruylant, 2006, p. 521; J. ALLARD, “L’indépendance de la justice et le management judiciaire: contre le « pouvoir »? La ruse de la raison économique”, *Rev.dr.ULB* 2014, p. 45.

(560) Aanbev.Raad van Europa CM/Rec(2010)12, 17 november 2010, te lezen op <https://rm.coe.int/16807096c2>, bijlage, punt 3 (Franse versie).

(561) *Ibid.*, punt 11. *Adde*: J. ALLARD, *o.c.*, p. 36 en 37.

(562) A. SEIBERT-FOHR, “Judicial Independence: The Normativity of an Envolving Transnational principle” in Nederland vermeld door E. MAK, “De onafhankelijkheid van de rechter vanuit een rechtsvergelijkend oogpunt”, *Rev.dr.ULB*, 2014, p. 64.

(563) *Cf. supra* en F. BOUHON en M. LACROIX, *o.c.*, p. 421 en 423, en de aldaar vermelde referenties.

(564) Deze Gids stelt: “*onafhankelijkheid is geen ten voordele van de magistraten toegekend voorrecht*”; het is veeleer “*het recht dat elke burger van een democratische samenleving heeft op een onafhankelijke rechterlijke macht*” – Hoge Raad voor de Justitie, *Gids voor de magistraten. Principes, waarden en kwaliteiten*, Brussel, 2012, p. 1, hier vermeld en geanalyseerd door J. ALLARD, *o.c.*, p. 37. Zie vroeger en in dezelfde zin, W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, “Les garanties de l’indépendance du juge en droit belge”, *RIDC* 1954, p. 155.

het gedrang blijkt te komen of ze zelfs aanhangig maken bij internationale rechtscolleges, zoals uiteraard het Hof in Straatsburg.

II. Precieze betekenis en voorwerp van de functionele onafhankelijkheid

A. Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechters

Het rechtsbeginsel van de onafhankelijkheid van rechters lijkt dus stevig verankerd, maar welke lading dekt deze vlag precies?

Eerst en vooral moeten we een onderscheid maken tussen de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van rechters. Beide worden samen gevrijwaard door artikel 14, § 1 IVBPR en artikel 6, § 1 EVRM. Het blijkt echter niet gemakkelijk om deze weinig transparante en moeilijk te definiëren begrippen van elkaar te onderscheiden, aangezien ze nauw verweven zijn en van elkaar afhangen.

Vaak wordt gezegd dat een onpartijdige rechter niet vooringenomen is ten voordele of ten nadele van een persoon, een groep of een zaak. P. Van Orshoven oordeelt dat een magistraat onpartijdig is als hij geen vooroordeel koestert over de uitkomst die hij het geschil zal geven (565). Voor sommigen is onpartijdigheid eerder een psychologisch dan een juridisch begrip (566), waarbij een onpartijdige rechter “*geen vooroordelen heeft over de te nemen beslissing, zich niet laat beïnvloeden door informatie die hij buiten de zittingzaal heeft verkregen of onder welke druk dan ook*” (567) en “*zich uitsluitend laat leiden door objectieve elementen*” (568). Deze onpartijdigheid is tegelijkertijd subjectief (in werkelijkheid niet gehouden zijn) en objectief (in de ogen van de rechtzoekende, niet overkomen als gehouden): “*justice must not only be done, it must also be seen to be done*” (569).

Onafhankelijkheid heeft daarentegen veeleer betrekking op de banden tussen de rechter en andere instanties (570), zoals de wetgevende en uitvoerende machten, maar ook zijn oversten en collega's, en zelfs op zijn beïnvloeding door drukingsgroepen of de publieke opinie. Een onafhankelijke rechter kan recht spreken zonder afhankelijk te zijn van wie dan ook (571).

(565) P. VAN ORSHOVEN, “De onafhankelijkheid van de rechter naar Belgisch recht” in P. VAN ORSHOVEN, L. VERHEY en K. WAGNER, *De onafhankelijkheid van de rechter*, Deventer, Tjeenk, Wellink, 1987, p. 79.

(566) B. DESMET, L. LATHOUWERS en K. RIMANQUE, “Artikel 6. Recht op een eerlijk proces, § 1” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (uitg.), *Handboek EVRM. Artikelsgewijze commentaar* (deel 2), Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 502.

(567) A. OOMS, “De rechterlijke onpartijdigheid is niet steeds wat ze lijkt. Een historische en prospectieve analyse over de grens tussen objectieve en subjectieve onpartijdigheid”, *CDPK* 2010, boek 4, p. 500; E. MICHAUX, G. VERVAEKE, D. VAN DAELE en R. MORTIER, “De goede rechter ten tijde van het New Public Management: een verhaal van onverzoenbare verwachtingen?”, *RW* 2017-18, boek 24, p. 936.

(568) A. OOMS, o.c. Bepaalde referenties in de vorige noten worden ook door deze auteur vermeld. *Adde*: G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, 2e uitg., Luik, Rechtsfaculteit, 1993, p. 37.

(569) I. DUPRÉ, “Ontwikkelingen inzake de rechterlijke onafhankelijkheid in België” in *Onafhankelijkheid en onpartijdigheid. De randvoorwaarden voor het bestuur en beheer van de rechterlijke macht*, 1999, p. 46-47, en de daar vermelde rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

(570) P. VAN ORSHOVEN, o.c.; A. OOMS, o.c., p. 501.

(571) E. MICHAUX, G. VERVAEKE, D. VAN DAELE en R. MORTIER, o.c., p. 937; G. DE LEVAL, o.c., p. 37.

Dat onderscheid volstaat echter niet helemaal en kan deels kunstmatig overkomen. Want wat is het werkelijke verschil tussen een magistraat die een oordeel velt dat steunt op zijn nauwe banden met een van de partijen, en een magistraat die net hetzelfde doet uit vrees voor of omdat hij rekening houdt met een politieke of gerechtelijke overheid?

Wellicht gaat het hier om twee facetten van eenzelfde werkelijkheid waar objectiviteit centraal staat, waar een rechter niet vooringenomen is en rechtzoekenden dus gelijk zijn. Onpartijdigheid zou aldus geïnterpreteerd kunnen worden als de verplichting voor de rechter om te garanderen dat hij over voldoende (schijnbare) vrijheid van geest beschikt – zelfs ten opzichte van zichzelf (572) – waardoor hij de ene partij niet van bij het begin bevoordeelt ten koste van de andere. Onafhankelijkheid zou daarentegen veeleer een plicht zijn in hoofde van alle anderen – politici, oversten, drukkingsgroepen, media ... – om geen druk uit te oefenen, bevelen te geven, censuur te plegen ... op de magistraten van de zetel. Daar waar onpartijdigheid een verplichting is voor de rechter, is onafhankelijkheid een (functioneel) recht zowel voor de rechter als voor de rechtzoekende.

Ten slotte mogen we de onpartijdigheid en onafhankelijkheid niet diametraal tegenover elkaar stellen. Het zijn immers twee handen op één buik en, om het te verwoorden zoals X. De Riemaecker en G. Londers, vloeit de onafhankelijkheid voort uit de onpartijdigheid (573). Zo oordeelt het Hof van Cassatie in een arrest van 10 februari 2015: *“De vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter zijn nauw met elkaar verbonden zodat bij de beoordeling van de objectieve onpartijdigheid van de rechter de waarborgen van diens individuele onafhankelijkheid in aanmerking kunnen worden genomen.”* (574) In hun analyse van dat arrest menen F. Bouhon en M. Lacroix dat *“de onafhankelijkheid een juridisch mechanisme is dat het gerecht doelmatig maakt, aangezien ze tot doel heeft de onpartijdigheid van de rechtbanken te handhaven en bijgevolg de rechtsstaat te bewerkstelligen”* (575) (vrije vertaling). Net omdat de rechter niet hoeft te vrezen voor bevelen of censuur vanwege de politieke macht, zijn oversten, zijn collega-magistraten of wie dan ook, kan hij zich volledig objectief en zonder vooroordelen of partijdigheid buigen over het geschil dat hem wordt voorgelegd. De bepalingen die de onafhankelijkheid van de rechter vrijwaren, dragen zo ook bij tot een objectieve en onpartijdige rechtspleging voor de rechtzoekende.

(572) Voor M. Storme betekent de onafhankelijkheid van de rechter *“ten opzichte van zichzelf dat hij afstand moet nemen, wanneer hij oordeelt in een zaak, van zijn religieuze, ideologische, politieke en andere overtuigingen. Als hij zich daar niet toe in staat acht, moet hij zich van de zaak onttrekken. Zo kan ik perfect begrijpen dat een rechter wiens kind verongelukt is door toedoen van een dronken bestuurder, niet meer in staat is om met de nodige sereniteit recht te spreken in een soortgelijk geschil.”* – M. STORME, “Onafhankelijkheid van de rechterlijke macht: een inleiding” in F. FLEERACKERS en R. VAN RANSBEECK, o.c., p. 25. Wat M. Storme omschrijft als de *“onafhankelijkheid van de rechter ten opzichte van zichzelf”* lijkt meer op de subjectieve onpartijdigheid zoals we die hierboven hebben gedefinieerd.

(573) X. DE RIEMAECKER en G. LONDERS, o.c., p. 29.

(574) Cass. 10 februari 2015, P.15.0172.N, vermeld door F. BOUHON en M. LACROIX, o.c., p. 425. *Adde*: Cass. 13 maart 2012, *Pas.* 2012, boek 3, p. 578, *Arr:Cass.* 2012, boek 3, p. 651.

(575) *Ibid.*, zie ook de verschillende arresten van het Hof van Cassatie die er worden vermeld.

B. Specifiek voorwerp van de functionele onafhankelijkheid

1. Onderscheid tussen de functionele onafhankelijkheid en de institutionele onafhankelijkheid

De Nederlandse professor E. Mak verdeelt de onafhankelijkheid van rechters in vier luiken (576):

- de constitutionele onafhankelijkheid, die vermijdt dat de rechterlijke orde in de verhoudingen met de andere machten onder druk wordt gezet of bevelen ontvangt. Daaruit volgt wel dat de rechter verantwoording verschuldigd is aan de maatschappij, via zijn motivering. In de Belgische rechtsleer wordt dit de institutionele onafhankelijkheid genoemd;
- de functionele onafhankelijkheid, waarbij een rechter enkel rekening moet houden met wat hij uit de rechtsbronnen leert (eventueel met inbegrip van de rechtspraak);
- de rechtspositionele onafhankelijkheid, met garanties over het statuut van de rechter en in het bijzonder, zijn onafzetbaarheid;
- de feitelijke onafhankelijkheid, die in werkelijkheid overeenstemt met onze definitie van onpartijdigheid hierboven.

De Belgische rechtsleer maakt pragmatisch het onderscheid tussen de functionele onafhankelijk die "*verband houdt met de functionele beoordeling of besluitvorming zelf*" en de institutionele onafhankelijkheid, die doelt op "*de onafhankelijkheid van het gerechtelijk apparaat binnen de Staat*" (577) (vrije vertaling). Het eerste type stemt overeen met de gelijknamige onafhankelijkheid van E. Mak en wordt breder geborgd door de "rechtspositionele" en "feitelijke" onafhankelijkheid. Het tweede type, dat hierboven uit de doeken werd gedaan en dat we hier dus niet diepgaander behandelen, stemt daarentegen overeen met wat de zeer geëerde Nederlandse juriste bestempelt als "constitutionele onafhankelijkheid". De functionele onafhankelijkheid raakt dus aan de beoordeling zelf, los van alle druk; de institutionele onafhankelijkheid houdt in dat de rechterlijke orde niet ondergeschikt is aan de wetgevende of uitvoerende macht. Dat onderscheidt raakt twee facetten van dezelfde werkelijkheid, die onlosmakelijk verbonden zijn. Het is inderdaad net omdat de rechterlijke orde een volwaardige macht is in de *Trias Politica* en omdat er instellingen bestaan zoals de Hoge Raad voor de Justitie, dat de rechter recht kan spreken zonder onder druk te worden gezet, met name door de twee andere machten.

2. Driedelig voorwerp van de functionele onafhankelijkheid

Voor procureur-generaal J. Velu houdt de functionele onafhankelijkheid drie verboden in (578).

- Eerst en vooral mag de beslissing van de rechter *niet gecensureerd worden*. De rechtzoekende heeft er met andere woorden recht op dat de beslissing, zodra ze uitgesproken is, gehandhaafd wordt in al haar gevolgen (gezag van gewijsde, uitvoer-

(576) E. MAK, *o.c.*, p. 59-60.

(577) X. DE RIEMAECKER en G. LONDERS, *o.c.*, p. 9.

(578) J. VELU, *Représentation et pouvoir judiciaire*, Brussel, Bruylant, 1996, p. 640.

baarheid, feitelijk gevolg, bewijskracht ...) zonder dat enig gezag dat tegenwerkt. Het spreekt voor zich dat dit enig al dan niet opschortend hoger beroep niet in het gedrang brengt, een beroep dat uitsluitend toekomt aan de rechterlijke orde (579).

- Zo ook is het verboden om rechters *bevelen* te geven (580), zij het positief, zij het negatief. Dat houdt uiteraard in dat de rechter niet gebonden zou zijn door dergelijk bevel en dat hij er geenszins rekening mee kan houden tijdens zijn beraadslaging. Elke poging tot beïnvloeding (ook via commentaar van – onder andere – politici in de media over gevelde of te vellen uitspraken) staat dan ook haaks op het beginsel van de functionele onafhankelijkheid.
- Ten slotte is ook de "*indeplaatsstelling door een andere macht of een andere instantie van de rechter in zijn jurisdictionele opdracht*" (581) verboden. Dat principe wordt met name gewaarborgd door de exclusieve toewijzing van geschillen inzake burgerlijke subjectieve rechten aan de rechtbanken van de rechterlijke orde, krachtens artikel 144, § 1 van de Grondwet (582).

Hoewel het tweede verbod het meest direct en expliciet verband houdt met de functionele onafhankelijkheid van de rechter, zijn de twee andere er ook nauw mee verweven. De vrijheid van oordeel bestaat immers niet als een zaak niet aanhangig kan worden gemaakt voor de bevoegde rechtbank, maar wel bij een andere instantie, of als de beslissing van die rechtbank naderhand gecensureerd zou worden.

3. Functionele onafhankelijkheid en autonomie van de rechter

De functionele onafhankelijkheid van de rechter wordt ook gezien als de "*vrijheid van de rechter om geval per geval en zonder beperkingen geschillen te beslechten die hem ter kennis worden gebracht, op een manier die volgens hem het best strookt met de geldende rechts- en procedureregels*" (583) (vrije vertaling).

J. Allard verduidelijkt dat de (functionele) onafhankelijkheid van de rechter niet verward mag worden met een hypothetische autonomie waarover hij zou beschikken. Door zijn onafhankelijkheid kan hij rechtspreken zonder onder druk te worden gezet; door zijn autonomie zou hij dat naar goeddunken kunnen doen, in eigen naam, volgens zijn eigen wensen. Niets is echter minder waar, aangezien de rechter de wet moet volgen: "*Een rechter is slechts onafhankelijk omdat zijn handelingen, zijn redenering en zijn beslissing losstaan van zijn persoon; het gaat niet om de persoon, maar wel om de functie. Montesquieu zei het al: men vreest de magistratuur, niet de magistraten.*" (584) (vrije vertaling) Een autonome rechter zou niet ondergeschikt zijn aan de wet en zou zijn eigen wil kunnen doordrijven. De functionele onafhankelijkheid heeft daarentegen net tot doel om die ondergeschiktheid aan de wet te bestendigen, door de magistraat van de zetel te beschermen tegen enige invloed en inspraak van buitenaf. Om van daaruit te bewe-

(579) *Ibid.*

(580) *Ibid.*

(581) *Ibid.* Eigen markering. Vrije vertaling.

(582) "*Geschillen over burgerlijke rechten behoren bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken.*" Adde: I. DUPRÉ, o.c., p. 46.

(583) K. MUNUNGU LUNGUNGU, o.c., p. 138 en de aldaar vermelde referenties.

(584) J. ALLARD, o.c., p. 40.

ren dat de rechter slechts “de mond van de wet” zou zijn, zoals Montesquieu ook al schreef (585), lijkt ons echter een stap te ver. Zoals we zullen vaststellen, legt de wet zelf vaak de definitie en interpretatie van de vele open normen die ons recht kent, in handen van de rechter (de “fout” in de extracontractuele aansprakelijkheid, de “dringende reden” in het arbeidsrecht, het “belang van het kind” in het familierecht, enzovoort) (586).

III. Interne en externe functionele onafhankelijkheid

De functionele onafhankelijkheid van de rechter is enerzijds *extern*: de wetgevende en uitvoerende machten mogen zich niet inmengen in een specifiek vonnis. Tegelijkertijd is ze ook *intern*: dat verbod geldt ook voor andere leden van de rechterlijke orde.

De functionele onafhankelijkheid houdt aldus in dat hogere rechtbanken, korpschefs, en zelfs collega-magistraten bij wie de zaak wordt aangebracht, zich niet in het minst mogen inmengen in de besluitvorming, die exclusief aan de rechter toekomt.

A. Externe functionele onafhankelijkheid jegens andere machten

1. Algemeen

De externe onafhankelijkheid van de rechter – jegens de twee andere machten – raakt lang niet enkel aan de institutionele onafhankelijkheid. Deze laatste handelt inderdaad niet alleen over de banden tussen de uitvoerende, wetgevende en rechterlijke machten in het algemeen, maar houdt ook gevolgen in voor de individuele onafhankelijkheid van elke magistraat van de zetel bij de beoordeling van een specifiek geschil. Het is immers het beginsel van de externe functionele onafhankelijkheid dat de twee andere machten verbiedt om enig bevel te geven om recht te spreken in deze of gene zin, in het ene of het andere geschil, om het geschil te onttrekken aan de bevoegde rechter of nog, om de toepassing en tenuitvoerlegging van de beslissing van deze rechter te censureren. De functionele onafhankelijkheid houdt ook in dat de rechter “*het recht kan toepassen, in het licht van de elementen van een specifiek dossier, zonder vrees om daarbij gunstig of ongunstig te oordelen voor enige andere macht*”, met name de uitvoerende en wetgevende machten (federaal, communautair of gewestelijk) (587).

Hoewel de functionele onafhankelijkheid cruciaal is voor rechters, betekent dat niet dat de andere machten geen enkele vorm van controle uitoefenen op de rechterlijke macht. Zoals I. Dupré schrijft: “*de absolute onafhankelijkheid van de rechter, zonder wederzijdse controle, zou een aanslag zijn op de rechtsstaat. Daarom bestaat het evenwicht tussen de machten: elke macht werkt samen en oefent vanuit zijn positie en afhankelijk van zijn verantwoordelijkheden een wederzijdse controle uit, zonder zich in te mengen in de domeinen van de ander of zich die toe te eigenen.*” (588) Zo belet de functionele

(585) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Parijs, Folio, 1995, p. 338; J. ALLARD, *o.c.*

(586) *Cf. infra.*

(587) *Gids voor de magistraten. Principes, waarden en kwaliteiten*, uitgegeven door de Hoge Raad voor de Justitie, 2012, p. 1; K. MUNUNGU LUNGUNGU, *o.c.*, p. 139.

(588) I. DUPRÉ, *o.c.*, p. 45, en de aldaar vermelde referenties.

onafhankelijkheid van de rechters bijvoorbeeld niet dat ze worden benoemd door de uitvoerende macht, noch dat de wetgevende macht de wet hervormt om bepaalde ongewenste evoluties in de rechtspraak een halt toe te roepen.

2. Jegens de uitvoerende macht

De (grond)wetgever schonk duidelijk het meeste aandacht aan de functionele onafhankelijkheid van de rechters jegens de uitvoerende macht (federaal, communautair of gewestelijk), net zoals de leden van de rechterlijke orde trouwens, en zelfs de Balie en de publieke opinie. Denk daarbij ook aan de commotie rond de zaak *Fortis* in 2008-2009.

Hoe dan ook spreekt het voor zich dat leden van de federale, communautaire of gewestelijke regeringen, door de functionele onafhankelijkheid van rechters, niet het minste bevel mogen geven, druk mogen uitoefenen of zich op enigerlei wijze mogen inmengen in de beraadslaging (589). Zoals M. Storme stelt, "*zijn integere rechters niet alleen storend voor criminelen, maar ook voor de machtshebbers*" (590). Daardoor is het beter als deze laatsten niet genezen van wat hij het "*Becket-complex*" noemt (591).

Sommige bepalingen in de Grondwet moeten deze onafhankelijkheid waarborgen ten opzichte van de uitvoerende macht, zoals het financiële statuut van rechters, dat uitsluitend door de wet wordt bepaald (592), het verbod om enige bezoldigde functie te bekleden voor de regering of in het algemeen, de onverenigbaarheden (593) en de onafzetbaarheid van rechters (594). Rechters worden net zoals hun korpschefs benoemd door de Koning, maar op voordracht van de bevoegde benoemings- en aanwijzingscommissie. De Koning kan deze voordracht enkel weigeren "*op de wijze bij de wet bepaald en mits motivering*" (595). Voor de aanwijzing van een korpschef of raadsheer bij het Hof

(589) Zie dienaangaande K. MUNUNGU LUNGUNGU, o.c., p. 140, in het bijzonder de referenties vermeld in voetnoot 475.

(590) M. STORME, o.c., p. 20.

(591) *Ibid.*, p. 24. De term "*Becket-complex*" komt van Thomas Becket's repliek op koning Hendrik II van Engeland, nadat hij door de koning tot *Lord Chancellor* benoemd werd: "*I was your friend, now I am your Lord Chancellor.*"

(592) Art. 154 Gw.: "*De wedden van de leden der rechterlijke orde worden door de wet vastgesteld.*" Voor de pensioenen van rechters, zie ook art. 152.

(593) *Ibid.*, art. 155: "*Geen rechter mag van een regering bezoldigde ambten aanvaarden, tenzij hij die onbezoldigd uitoefent en behoudens de gevallen van onverenigbaarheid bij de wet bepaald.*"

(594) *Ibid.*, art. 152: "*De rechters worden voor het leven benoemd. Zij worden in rust gesteld op de bij de wet bepaalde leeftijd en genieten het bij de wet bepaalde pensioen. Geen rechter kan uit zijn ambt worden ontzet of worden geschorst dan door een vonnis. De overplaatsing van een rechter kan niet geschieden dan door een nieuwe benoeming en met zijn toestemming.*"

(595) *Ibid.*, art. 151, §§ 4 en 5: "*§ 4. De vrederechters, de rechters in de rechtbanken, de raadsheren in de hoven en in het Hof van Cassatie worden door de Koning benoemd onder de voorwaarden en op de wijze bepaald bij de wet. Deze benoeming geschiedt op gemotiveerde voordracht van de bevoegde benoemings- en aanwijzingscommissie, bij een tweederdemeerderheid overeenkomstig de modaliteiten bij de wet bepaald en na afweging van de bekwaamheid en geschiktheid. Deze voordracht kan enkel worden geweigerd op de wijze bij de wet bepaald en mits motivering. In geval van benoeming tot raadsheer in de hoven en in het Hof van Cassatie, geven de betrokken algemene vergaderingen van deze hoven, voorafgaandelijk aan de voordracht bedoeld in het vorige lid, een gemotiveerd advies op de wijze bij de wet bepaald. § 5. De eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, de eerste voorzitters van de hoven en de voorzitters van de rechtbanken worden door de Koning in deze functies aangewezen onder de voorwaarden en op de wijze bij de wet bepaald. Deze aanwijzing geschiedt op gemotiveerde voordracht van de bevoegde*

van Cassatie moet het advies worden ingewonnen van de algemene vergadering van het betrokken rechtsgebied. Wat de functionele onafhankelijkheid betreft, zouden de voordracht, (eventueel) het vereiste advies en de motiveringsplicht van de uitvoerende macht als het advies niet wordt gevolgd, moeten vermijden dat een rechter die overgeplaatst wil worden naar een ander rechtsgebied of die korpschef wil worden, bang zou zijn om “uit de gratie te vallen” door in deze of gene richting te oordelen. Deze bescherming is echter niet absoluut aangezien de uitvoerende macht een benoeming of, in het geval van korpschefs, een hernieuwing van de aanstelling kan weigeren (596). Men kan echter niet uitsluiten dat zo’n weigering, onder het mom van “meer aanvaardbare” redenen, ingegeven is door beslissingen van de betrokken magistraat die bepaalde politici voor de borst stuiten (597). Hoewel bovenstaande bepalingen zeker en vast het risico beperken dat bepaalde rechters door hun rechtspraak botsen op een “glazen plafond”, waardoor ze niet verder evolueren in hun loopbaan, is dat risico toch niet volledig van de baan.

Het grootste gevaar voor de functionele onafhankelijkheid van rechters ten aanzien van de uitvoerende macht en de politieke wereld in het algemeen, komt echter uit andere hoek: bepaalde regeringsleden uiten soms hevige kritiek en verkondigen standpunten, bijvoorbeeld via de media, in het kader van hangende zaken of nadat een beslissing is genomen waar ze graten in zien. Maar, zoals A. Billiet schrijft: *“laat kritiek niemand onberoerd, zelfs niet de meest geharden onder ons, en het is niet omdat men magistraat is dat men hiervoor immuun is of geacht wordt immuun te zijn”*. (598) De kritiek van leden van de uitvoerende macht in de pers – of de vrees om kritiek te krijgen door een vonnis te vellen waarvan men op voorhand al weet dat het niet goed onthaald zal worden – is derhalve een echte bedreiging voor de functionele onafhankelijkheid.

Het beginsel van de functionele onafhankelijkheid van rechters houdt natuurlijk helemaal niet in dat regeringsleden en anderen die deel uitmaken van de uitvoerende macht, tot stilzwijgen gedoemd zijn, met name met betrekking tot bepaalde evoluties in de rechtspraak. Dit zou inhouden dat ze niet kunnen deelnemen aan het publieke debat, bijvoorbeeld met de bedoeling de wetgeving te hervormen en er paal en perk aan te stellen. Bovendien zou dit het evenwicht tussen de machten, dat een zekere wederzijdse controle inhoudt, in het gedrang brengen. Volgens ons verplicht dat evenwicht daarentegen de leden van de uitvoerende macht om zich ten minste wat terughoudender op te stellen in

benoemings- en aanwijzingscommissie, bij een tweederdemeerderheid overeenkomstig de modaliteiten bij de wet bepaald en na afweging van de bekwaamheid en geschiktheid. Deze voordracht kan enkel worden geweigerd op de wijze bij de wet bepaald en mits motivering. In geval van aanwijzing tot de functie van eerste voorzitter van het Hof van Cassatie of van eerste voorzitter van de hoven geven de betrokken algemene vergaderingen van deze hoven, voorafgaandelijk aan de voordracht bedoeld in het vorige lid, een gemotiveerd advies op de wijze bij de wet bepaald. De voorzitter en de afdelingsvoorzitters van het Hof van Cassatie, de kamervoorzitters van de hoven en de ondervoorzitters van de rechtbanken worden door de hoven en de rechtbanken in deze functies aangewezen uit hun leden onder de voorwaarden en op de wijze bij de wet bepaald. Onverminderd de bepalingen van artikel 152, bepaalt de wet de duur van de aanwijzingen in deze functies.”

(596) Over de hernieuwing van het mandaat, zie J. POELS, “Het mandaatsysteem voor korpschefs: een zegen of een vloek” in K. VAN CAUWENBERGHE (uitg.), *De hervormingen bij politie en justitie: in gespreide dagorde*, Mechelen, Kluwer, 2008, p. 27.

(597) Zoals M. Storme schrijft, blijven rechters afhankelijk van de politiek *“in landen waar hun benoeming nog steeds in handen is van de macht”*. M. STORME, o.c., p. 23.

(598) A. BILLIET, “Rechtsprekende onafhankelijkheid: ook een uitdaging voor uw verbond”, *JJP* 2016, boek 11-12, p. 512.

de media met betrekking tot specifieke zaken, die nog lopende zijn dan wel gewezen, hoe dichtbij de verkiezingen ook komen.

3. Jegens de wetgevende macht

In de zaak *Baka* oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, met betrekking tot de rechterlijke onafhankelijkheid ten aanzien van de wetgevende macht, dat Hongarije artikel 6, § 1 van het EVRM geschonden had. Het Hongaars Parlement had de voorzitter van het Hooggerechtshof uit zijn ambt ontzet zonder mogelijkheid tot hoger beroep, nadat hij zich negatief had uitgesproken over bepaalde evoluties in de wetgeving. Deze situatie kan zich uiteraard niet voordoen in België, aangezien artikel 152, paragraaf 2 van de Grondwet stelt dat rechters enkel uit hun ambt kunnen worden ontzet door een vonnis. Dat arrest toont evenwel aan dat een eventuele absolute controle door de wetgevende macht op rechters, zonder gerechtelijk beroep, niet rijmt met het recht op een eerlijk proces zoals bepaald in artikel 6, § 1 EVRM (599).

Hoewel de Grondwet de wetgever helemaal niet toelaat om tussen te komen in de benoeming en ontzetting van rechters, is het wel de wetgever die hun wedden en pensioenstelsel vastlegt, overeenkomstig artikel 152, eerste lid en artikel 154 van de Grondwet. Eventuele besparingen bij Justitie zouden het aantal benoemde magistraten kunnen beperken en bijgevolg onrechtstreeks druk kunnen uitoefenen voor een hogere rendabiliteit, wat van invloed kan zijn op de besluitvorming. (Wegens tijdsgebrek zouden rechters zich zo bijvoorbeeld steeds vaker genoodzaakt kunnen zien om hun toevlucht te nemen tot bepaalde standaarden (600).)

Een van de traditioneel toegelaten beperkingen voor de (federale, communautaire of gewestelijke) wetgever om de functionele onafhankelijkheid van rechters te vrijwaren, is het verbod om, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden, een retroactieve wet aan te nemen en af te kondigen (601). Zoals ook het Grondwettelijk Hof stelt: “*De terugwerkende*

(599) EHRM, (*Baka / Hongarije* – arrest van de Grote Kamer) 23 juni 2016, www.echr.coe.int. De verzoeker was door het Hongaarse Hooggerechtshof ontzet uit zijn ambt. Hij kwam niet meer in aanmerking voor deze functie doordat het parlement in zeven haasten een bepaling in die zin aannam, nadat de verzoeker zich meerdere keren openlijk kritisch had uitgelaten over een aantal recente wetswijzigingen. Het eerste interessante aspect van dat arrest is dat het Hof het toepassingsgebied van artikel 6, § 1 EVRM verduidelijkt en verruimt naar ambtenaren in functie en naar magistraten in het bijzonder. Het Straatsburgse Hof stipt aan dat, indien de interne wetgever de toepassing van deze bepaling wil fnuiken ten aanzien van magistraten en hun zo een gerechtelijke controle wil ontzeggen wanneer ze worden ontzet, deze bepaling al voorzien moest zijn op het moment van de benoeming. Naar het oordeel van het Hof blijft artikel 6, § 1 EVRM van toepassing, ook al wordt via een wettelijke bepaling de toegang *a posteriori* ontzegd tot een rechtbank, met als gevolg dat de betrokken magistraat wordt ontzet. Het Hof oordeelt echter, op grond van de verschillende internationale instrumenten die een gerechtelijke controle moeten verzekeren wanneer rechters worden ontzet, dat de ontzegging van een hoger beroep om de ontzetting te betwisten “voortvloeit uit een wettelijke die onvereenigbaar lijkt met de rechtsstaat” en dus dat voormeld artikel 6, § 1 EVRM geschonden is. Hoewel dit geval niet rechtstreeks handelt over de functionele onafhankelijkheid – de voorzitter van het Hooggerechtshof werd ontzet omdat hij in het parlement bepaalde standpunten had ingenomen en niet wegens zijn manier van recht spreken – wordt hier toch mee aangetoond dat de ontzetting van rechters niet enkel aan de wetgevende macht mag toekomen, zonder controle door de gerechtelijke macht zelf.

(600) *Cf. infra*. Zie ook A. BILLIET, *o.c.*, p. 510.

(601) Zie K. MUNUNGU LUNGUNGU, *o.c.*, p. 140 en de aldaar vermelde referenties.

kracht van wetbepalingen, die van die aard is dat zij rechtsonzekerheid in het leven kan roepen, kan enkel worden verantwoord op grond van bijzondere omstandigheden, inzonderheid wanneer zij onontbeerlijk is voor de goede werking of de continuïteit van de openbare dienst. Indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht van de wetkrachtige norm tot gevolg heeft dat de afloop van een of meer gerechtelijke procedures in een welbepaalde zin wordt beïnvloed of dat rechtscolleges verhinderd worden zich uit te spreken over een welbepaalde rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden een verantwoording bieden voor dat optreden van de wetgever, dat ten nadele van een categorie van burgers inbreuk maakt op de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden.” (602) Dezelfde principes zijn aangenomen door het Straatsburgse Hof (603). Men moet echter vaststellen dat, bij de analyse van de verschillende arresten van het Grondwettelijk Hof in deze materie, het begrip “bijzondere omstandigheden” “soepel” wordt geïnterpreteerd (604). Zo werd bijvoorbeeld al aanvaard dat bepaalde fiscale bepalingen met terugwerkende kracht aangenomen werden, omdat het hangende geding nog steeds een voorspelbare afloop zou hebben aangezien de nieuwe tekst de vorige van kracht zijnde bepaling overnam (605), net zoals het interruptieve karakter al aangenomen werd van een bepaalde, als dusdanig algemeen erkende handeling, voor een tegenstrijdig arrest van het Hof van Cassatie (606), enzovoort.

Los van de functionele onafhankelijkheid van de rechter moeten we vaststellen dat zijn beoordelingsvrijheid meer en meer wordt ingeperkt door de wetgevende macht. Inderdaad, zoals hierboven gesteld (607), liet de wetgever de rechter steeds toe om de vele open normen zelf te interpreteren (608), maar dat is steeds minder het geval. In de eerste twee decennia van de 21e eeuw zagen we op verschillende vlakken dat de wetgever het laken naar zich toe trok, ten nadele van de soevereine beoordelingsbevoegdheid van de rechter. Zo is het de wetgever die in het familierecht een inhoud heeft gegeven aan het begrip “belang van het kind” door de gelijkmatig verdeelde huisvesting op te werpen als referentie (609), en door criteria vast te leggen voor het alimentatiegeld (610). In het

(602) Arbitragehof 7 december 2005, rolnummer 1081, nr. 177/2005, www.const-court.be, punt B.18.1 van het arrest. Adde: Arbitragehof 14 december 2005, nr. 188/2005; GwH 17 april 2008, nr. 64/2008, www.const-court.be; GwH 3 december 2008, nr. 172/2008, www.const-court.be; GwH 15 januari 2009, nr. 6/2009, www.const-court.be; GwH 17 december 2009, nr. 199/2009, www.const-court.be; GwH 4 februari 2010, nr. 6/2010, www.const-court.be; GwH 12 mei 2010, nr. 55/2010, www.const-court.be; GwH 16 juni 2011, nr. 107/2011, www.const-court.be. Deze lijst met arresten van het Grondwettelijk Hof wordt overgenomen door K. MUNUNGU LUNGUNGU, *o.c.*, p. 140, voetnoot 479.

(603) EHRM (Building Societies / Verenigd Koninkrijk) 23 oktober 1997, www.echr.coe.int, punt 112 van het arrest; EHRM (Zielinski en Pradal / Frankrijk) 28 oktober 1999, www.echr.coe.int, punt 57 van het arrest; EHRM (Agoudimos en Cefallonian Sky Shipping Co. / Griekenland), 28 juni 2001, www.echr.coe.int, punt 30 van het arrest; EHRM (Gorriaz Lizarraga / Spanje), 27 april 2004, www.echr.coe.int, punt 64 van het arrest.

(604) Zie K. MUNUNGU LUNGUNGU, *o.c.*, p. 140, voetnoot 479.

(605) Arbitragehof 20 mei 1998, rolnummer 1081, nr. 49/98, www.const-court.be, in het bijzonder punt B.4 van het arrest (wet betreffende de financiering van het Instituut voor Veterinaire Keuring); Arbitragehof 5 mei 2004, rolnummer 2741, nr. 73/2004, www.const-court.be (heffing farmacie 2003).

(606) Arbitragehof 7 december 2005, *o.c.*, in het bijzonder punten B.18.1 tot B.1.20 van het arrest.

(607) *Cf. supra*.

(608) *Ibid.*

(609) Art. 374, § 2 BW, zoals gewijzigd door de wet van 18 juli 2006, *BS* 4 september 2006, nr. 2006009678, p. 43971.

(610) Art. 1321 Ger.W., zoals gewijzigd door de wet van 19 maart 2010, *BS* 21 april 2010, nr. 2010009424, p. 22362.

arbeidsrecht leggen de wetten van 26 december 2013 (611) en 26 maart 2018 (612), tot invoering van een nieuw artikel 37/1 in de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten van 3 juli 1978, bijvoorbeeld de duur van de opzeggingstermijnen vast, die vroeger bilijk werden beoordeeld door de rechter (met name in het licht van de befaamde “formule Claeys”). En zo zijn er nog vele andere voorbeelden verspreid over het recht, die de almaar grotere omvang van de wetgeving aantonen (niet enkel op federaal niveau, trouwens), net zoals de groeiende bezorgdheid om maximaal juridische zekerheid te bieden door de uitkomst van geschillen voorspelbaarder te maken.

De neiging van de wetgever om normen te objectiveren, die vroeger door de rechters geïnterpreteerd konden worden, brengt de functionele onafhankelijkheid van de rechters effectief niet *in se* in het gedrang. Deze onafhankelijkheid houdt immers voornamelijk in dat rechters de wet moeten volgen (613). Dit baart sommigen echter zorgen, want *“als een wet de beoordelingsvrijheid inperkt, kan de gerechtelijke controle niet meer ten volle spelen, is het evenwicht tussen de machten verstoord en wordt de burger bedreigd door de macht van de staat”*. (614)

B. Interne functionele onafhankelijkheid jegens de andere magistraten van de zetel

De functionele onafhankelijkheid van rechters is min of meer verzekerd ten aanzien van de wetgevende en uitvoerende machten, maar dat moet ook het geval zijn ten aanzien van andere rechtbanken (al dan niet hoger in de gerechtelijke hiërarchie), de korpschefs en zelfs de collega-magistraten.

1. Jegens andere rechtbanken

De functionele onafhankelijkheid van de rechter, verzekerd door artikel 151, § 1 van de Grondwet, bepaalt dat de rechter niet gebonden kan zijn door de rechtspraak van hogere rechtbanken. Met andere woorden, hoewel *“vonnissen en arresten vernietigd kunnen worden ingevolge gewone en buitengewone rechtsmiddelen, kunnen hogere rechtbanken de lagere rechtbanken niet bevelen om te oordelen in deze of gene zin”*. (615) Dus, *“aangezien er geen onder- of bovengeschiedtheid bestaat tussen rechtbanken, verbiedt het beginsel van de rechterlijke onafhankelijkheid de toevlucht tot criteria zoals de vernietigingsgraad of het aantal zaken bij Cassatie, in het raam van de evaluatie van de beroepsactiviteit van deze laatste of die van de rechtbanken”*. (616)

(611) BS 31 december 2013, nr. 2013012289, p. 104147.

(612) BS 30 maart 2018, nr. 2013012289, p. 104147.

(613) Cf. *supra*.

(614) A. BILLIET, o.c., p. 508.

(615) K. MUNUNGU LUNGUNGU, o.c., p. 143 (eigen markering, vrije vertaling).

(616) *Ibid.*, p. 144 en de aldaar vermelde referenties (eigen markering, vrije vertaling). Zie ook de interessante kritiek van deze auteur op het Nederlandse systeem (waar de rechterlijke onafhankelijkheid anders wordt geïnterpreteerd en rekening wordt gehouden met de vernietigingsgraad): zo'n systeem is in strijd met de Belgische Grondwet, er wordt geen rekening gehouden met de *redenen* van de vernietiging en er is onzekerheid over de betere intrinsieke kwaliteit van de beslissingen in tweede aanleg – *ibid.*, p. 145.

Er bestaan evenwel uitzonderingen op het principe dat een rechter niet gebonden is door de rechtspraak van hogere rechtbanken.

- Het nieuwe artikel 1110, vierde lid Ger.W., ter vervanging van het vroegere, algemene systeem van de “dubbele cassatie”, voorziet er sinds de Potpourri V-Wet van 6 juli 2017 in dat de rechtbank waarnaar de zaak verwezen is *“zich voegt naar het arrest van het Hof van Cassatie betreffende het door dat Hof beslechte rechtspunt”*.
- Artikel 28, eerste lid van de bijzondere wet van 6 januari 1989 stelt het volgende: *“Het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld evenals elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet, moeten, voor de oplossing van het geschil naar aanleiding waarvan de in artikel 26 bedoelde vragen zijn gesteld, zich voegen naar het arrest van het Grondwettelijk Hof.”*
- De burgerlijke rechter moet zich voegen naar de punten die beslecht zijn door de strafrechter krachtens het algemene rechtsbeginsel van het gezag van gewijsde van de strafrechtbanken ten opzichte van de burgerlijke rechtbanken (617). De burgerlijke rechter kan dus bijvoorbeeld niet meer oordelen dat een feit niet bewezen is als, in het kader van het strafproces, het tegendeel is verklaard.

Behoudens deze drie gevallen kan de rechter een volledig ander oordeel vellen en de wettelijke bepalingen volledig anders lezen en interpreteren dan andere, zelfs hogere, rechtbanken. De rechter kan dus desgevallend compleet anders oordelen dan de rechtbank die nadien misschien in hoger beroep zal moeten oordelen, al is dat het Hof van Cassatie. Het lijkt echter logisch dat de betrokken rechtbank zijn rechtspraak zal afstemmen op die van de hogere rechtbank, of op zijn minst zijn rechtspraak zal bijsturen, als de vonnissen of arresten op een bepaald punt systematisch worden hervormd of vernietigd.

Deze vrijheid leidt echter niet tot willekeur. Van de rechter wordt dus verwacht dat hij uitdrukkelijk verduidelijkt dat hij de dominante rechtspraak wil bijsturen, aangezien hij in beginsel moet waken over de eenheid van de rechtspraak. De rechtszekerheid, een hoeksteen van een rechtsstaat, moet de rechtzoekende beschermen en vermijden dat hij systematisch alle rechtsmiddelen moet uitputten. Deze kwestie wordt nader behandeld onder titel 6, inzake deontologie.

Merk ten slotte op dat wanneer een korpschef van een hogere rechtbank, al was dat de eerste voorzitter van het Hof van Cassatie, openlijk of in de media een standpunt inneemt, dit de magistraten van de lagere rechtbanken hun onafhankelijkheid niet onttrekt. Deze magistraten zijn immers niet gebonden door deze standpunten (618).

2. Jegens tuchtinstanties

Wanneer een rechter een beslissing neemt die juridisch of feitelijk fout is, *“verzuimt”* hij daar uiteraard niet mee aan zijn *“ambtsplichten”*, doet hij geen *“afbreuk aan de waardigheid van (zijn) ambt”* in de zin van artikel 404 van het Gerechtelijk Wetboek en geeft dat geen aanleiding tot een van de tuchtsancties van de tuchtoverheid voorzien in het volgende artikel van datzelfde wetboek.

(617) Zie bv. Cass. 3 februari 2014, C.12/0474.F/1, www.cass.be.

(618) Cass. 13 maart 2012, RW 2012-13, boek 32, Arr.Cass. 2013, p. 651, punt 10 van het arrest.

Dat zou echter anders kunnen zijn in extreme gevallen als bijvoorbeeld uit de beslissingen blijkt dat een rechter zijn dossiers systematisch onjuist analyseert, zich vaak schuldig maakt aan discriminatie of zich denigrerend uitlaat.

Behoudens in deze extreme gevallen, die in de praktijk gelukkig bijzonder zeldzaam zijn, kan in tuchtzaken uiteraard geenszins rekening worden gehouden met de inhoud van de beslissingen van de rechter.

3. Functionele onafhankelijkheid en evaluatie van rechters

Zoals voorzien in artikel 151, § 6 van de Grondwet, “*slaait*” de evaluatie van rechters (en van korpschefs (619)), ingevolge artikel 259*novies*, § 1, vierde lid van het Gerechtelijk Wetboek, “*op de wijze van ambtsuitoefening, met uitsluiting van de inhoud van een rechterlijke beslissing, en geschiedt dat op grond van criteria die betrekking hebben op de persoonlijkheid en de intellectuele, professionele en organisatorische capaciteiten*” (620). Bovendien heeft “*de evaluatie van de korpschefs (...) betrekking op hun managementcapaciteiten en inzonderheid op het personeelsbeheer en de initiatieven genomen met het oog op de bestrijding van de gerechtelijke achterstand*”. (621) De evaluatiecriteria zijn door de Koning vastgelegd in een koninklijk besluit van 20 juli 2000. Het betreft met name de “*juridische kennis vereist voor de te behandelen materies*”, de “*doeltreffendheid en doelmatigheid*”, de “*communicatie- en uitdrukkingsvaardigheid*”, enzovoort. Specifieke criteria gelden voor beslagrechters, onderzoeksrechters, enzovoort (622). Indicatoren voor de toepassing van deze criteria zijn opgenomen in de bijlage tot dat koninklijk besluit.

De evaluatie neemt de vorm aan van een functioneringsgesprek en een verslag door de geëvalueerde magistraat – met doelstellingen aan het begin van de periode – en, op het einde van de periode, een evaluatiegesprek dat schriftelijk voorbereid wordt (623). Deze manier van werken lijkt *in se* afdoend in het licht van de functionele onafhankelijkheid van rechters, hoewel bepaalde misbruiken werden gemeld (624).

Een evaluatie die steunt op een analyse van de vonnissen of arresten van de betrokken magistraat lijkt ons echter delicaat gelet op het verbod in het voormelde artikel 259*novies*, § 1, vierde lid Gerechtelijk Wetboek om rekening te houden met de inhoud van de beslissingen. Zo niet zouden vele magistraten bij hun besluitvorming inderdaad kunnen vrezen voor hun toekomstige evaluatie (of zelfs bang kunnen worden om de gebruikelijke, platgetreden paden van de rechtspraak te verlaten).

(619) We behandelen hier niet de evaluatie van de korpschefs, en specificeer de deelname van externen aan deze evaluatie. Deze kwestie maakt het voorwerp uit van een arrest van het Grondwettelijk Hof – GwH 1 september 2008, www.const-court.be. Deze kwestie raakt immers meer aan de institutionele onafhankelijkheid van de gerechtelijke macht.

(620) Eigen markering. *Adde*: I. DUPRÉ, *o.c.*, p. 89.

(621) Art. 259*novies*, § 1, vijfde lid Ger.W.

(622) Art. 2 KB 20 juli 2000.

(623) *Ibid.*, art. 7, 8 en 259*novies*, §§ 2 e.v. Ger.W.

(624) A BILLIET, *o.c.*, p. 509, *in fine*.

4. Jegens de korpschef: standaardvonnissen, mobiliteit van rechters en risico op “verhulde” tuchtsancties?

- Verbod op bevelen

In een arrest van 13 maart 2012 stelde het Hof van Cassatie het volgende: “*De rechter is onafhankelijk in de uitoefening van zijn rechtsprekende functie zodat magistraten van een rechtscollege in de uitoefening ervan dan ook niet zijn onderworpen aan het hiërarchisch gezag van hun korpschef.*” (625) De functionele onafhankelijkheid heeft dus niet betrekking op een rechtbank in zijn geheel, maar wel op elke individuele magistraat van de zetel. Dat betekent uiteraard dat, zoals het voormelde arrest in de zaak *Fortis* stelt, alwaar sprake was van een eventuele invloed van de stellingen van de (toenmalige) eerste voorzitter van het Hof van Cassatie op de onafhankelijkheid van de magistraten van de zetel, deze laatsten niet gebonden zijn door de openbare of private standpunten van hun korpschefs.

Fundamenteler nog, zoals onder andere de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aantoonde (626), mogen korpschefs geen bevelen geven, richtlijnen uitvaardigen of druk uitoefenen om in deze of gene zin te oordelen in een specifieke zaak, of, algemener, om de rechtspraak in een bepaalde richting te sturen (met name door het aanbevelen of opleggen van instrumenten of “standaarden” die de besluitvorming gemakkelijker maken (627)). Mocht een korpschef ondanks alles toch dergelijke bevelen uitvaardigen, beslissingen sturen, of zelfs opleggen, dan zouden de rechters die zich buigen over de bewuste geschillen zich daar met man en macht tegen moeten verzetten en geen middel onberoerd laten om die situatie een halt toe te roepen.

- Standaarden en goede praktijken

Meerdere auteurs bespreken de doorgedreven aanprijzing van “goede praktijken” door korpschefs of andere oversten, met name om de rechtszekerheid te vergroten en het aantal beslissingen te verhogen. Dat zijn “*niet-bindende standaarden, maar wel standaarden die de magistraten vrijwillig zouden moeten volgen met het oog op de rechtvaardiging van hun handelingen.*” (628) Daar bestaat menig voorbeeld van: gebruik van software om de lichamelijke schade te berekenen volgens indicatieve tabellen, om alimentatiegeld voor kinderen te berekenen (bijvoorbeeld methodieken van Renard of van Kind & Gezin/Ligue des Familles), enzovoort, maar ook in het algemeen, de schikking naar de gebruikelijke rechtspraak van een bepaalde rechtbank.

De aankoop van software om binnen een rechtbank de taak van rechters te vereenvoudigen, het organiseren van colloquia en opleidingen waar algemene stromingen worden geschetst, of waar sprekers zelfs goede praktijken meegeven, vormen uiteraard geen probleem op zich, wel integendeel (629).

(625) Cass. 13 maart 2012, *Pas.* 2012, boek 3, p. 578; *Arr.Cass.* 2012, boek 3, p. 651, *RIW* 2012-13, boek 32; K. MUNUNGU LUNGUNGU, *o.c.*, p. 141.

(626) *Ibid.*, en de in voetnoot 484 vermelde referenties, met name aan de Straatsburgse rechtspraak.

(627) *Cf. infra.*

(628) J. ALLARD, *o.c.*, p. 46 (vrije vertaling).

(629) Zie bijvoorbeeld het werk van J. SOSSON en J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Le Tribunal de la Famille. Des réformes aux bonnes pratiques*, Brussel, Larcier, 2018, waar wij toe hebben bijgedragen.

Wat daarentegen deliquer is, is de druk van een korpschef of van collega's (630) om dergelijke standaarden en goede praktijken toe te passen om meer beslissingen te nemen of om de rechtspraak (631) *uniformer* (632) te maken.

- Mobiliteit en "verhulde tuchtsancties"

Bepaalde beslissingen van korpschefs, waarbij een rechter overgeplaatst wordt wanneer die een beslissing heeft genomen die helemaal niet welkom was, of zelfs juridisch onjuist, kunnen lijken op "verhulde tuchtsancties". Zo laiden de gemoederen in de gerechtelijke wereld en de media hoog op na de overplaatsing van een correctionele rechter naar een kamer die zich buigt over de bekrachtiging van echtscheidingen in onderlinge toestemming, (als ware het) een verhulde "sanctie" als gevolg van een vrijspraak in een zaak die veel stof deed opwaaien (633).

Dat risico is toegenomen met de wet van 1 december 2013 (634), die van kracht is geworden op 1 april 2014, tot hervorming van de gerechtelijke arrondissementen en tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op een grotere mobiliteit van de leden van de rechterlijke orde. De gerechtelijke arrondissementen (27 voor de hervorming, 12 sindsdien) (635) zijn nu geografisch groter en tellen veel meer magistraten dan voordien, wat de korpschef meer mogelijkheden biedt tot overplaatsing van rechters. Los van deze schaalvergroting kreeg de mobiliteit zelf een duwtje in de rug toen de voorzitter van de vrede- en politierechters korpschef is geworden (636), toen de eersten in ondergeschikte orde benoemd werden in alle kantons van het arrondissement (637) (en niet uitsluitend meer in het kanton waar ze titularis van waren), door de detachering (met instemming), indien nodig, van rechters van de ene rechtbank naar de andere (vrede-rechter naar politierechtbank, rechter in eerste aanleg naar ondernemingsrechtbank, en omgekeerd ...) (638), de ambtshalve overplaatsing, volgens de noden van de dienst, van politierechters naar een rechtbank in een ander arrondissement (639), enzovoort.

De grotere mogelijkheden voor korpschefs tot overplaatsing van rechters, onder de vorm van verhulde tuchtsancties, en de daarmee gepaard gaande risico's voor hun functionele onafhankelijkheid, deden bij sommigen twijfels rijzen over de grondwettelijkheid van deze nieuwe bepalingen (640). Om tegemoet te komen aan deze vrees voorzag de wetgever in twee verschillende soorten van beroep (tegenover één soort), waarmee de betrokken rechter zijn overplaatsing kan aanvechten:

(630) Druk van een magistraat met een langere staat van dienst of een voorzitter van de kamer op een pas benoemde collega, of van de vrederechter die titularis is van een kanton op een plaatsvervanger.

(631) A. BILLIET, *o.c.*, p. 514.

(632) *Ibid.*

(633) Zie R. BOONE, "'Politieke' vonnissen: de smet op 't blazoen van de onafhankelijke magistratuur?'" en J. DE WIT, "De Smedt, de sequel", *Juristenkrant*, 28 juni 2009, p. 8 en de interviews met de professoren en rechters A. Vandeplas, W. Van Gerven en J. Vandenberghe.

(634) BS 10 december 2013, nr. 2013009534, p. 97957.

(635) Art. 107 en 108 wet 1 december 2013.

(636) Art. 68 Ger.W.

(637) *Ibid.*, art. 58, nieuwe leden 2 tot 4.

(638) *Ibid.*, art. 65, eerste lid, en art. 98, nieuwe leden 1 tot 5.

(639) *Ibid.*, art. 65, § 1, nieuwe leden 2 en 3.

(640) K. MUNUNGU LUNGUNGU, *o.c.*, p. 160.

- Enerzijds kan hij, als hij gedwongen wordt overgeplaatst zonder dat zijn instemming vereist is, administratief beroep aantekenen bij het College van de hoven en rechtbanken en *in fine* voor de Raad van State, overeenkomstig artikel 330quinquies (641), ingevoegd in het Gerechtelijk Wetboek door de wet van 25 december 2016 (642).
- Anderzijds kan de rechter die meent het slachtoffer te zijn van een "verhulde tuchtsanctie" de zaak aanhangig maken bij de tuchtrechtbank, overeenkomstig artikel 413, § 5 Gerechtelijk Wetboek (643), op voorwaarde dat hij eerst voormeld administratief beroep heeft ingesteld.

Biedt de wetgever met dit administratief beroep, bovenop het bestaande beroep voor de tuchtrechtbank, een antwoord op elke bezorgdheid over de risico's die de mobiliteit van magistraten inhoudt voor hun functionele onafhankelijkheid? Aangezien deze maatregel heel recent is, kunnen we voorlopig onvoldoende afstand nemen om daarover te oordelen. Hoogstens kunnen we enerzijds stellen dat de mogelijkheid om de zaak voor te leggen aan de Raad van State, wanneer het administratief beroep wordt verworpen, het mogelijk maakt om een controle te laten uitoefenen door een instantie die zich buiten de gerechtelijke macht bevindt en op geen enkele manier beïnvloed wordt door de korpschef. Anderzijds kan, door het behoud van de tweede vorm van beroep voorzien in artikel 413, § 5 Gerechtelijk Wetboek, de situatie beoordeeld worden vanuit een tuchtrechtelijk perspectief door een gespecialiseerde instantie, als de administratieve procedure definitief strandt.

Afdeling 2. Functionele onafhankelijkheid van de magistraten van het Openbaar Ministerie

I. Onafhankelijkheid

Artikel 151, § 1 (tweede zin) van de Grondwet stelt het volgende: "*Het Openbaar Ministerie is onafhankelijk in de individuele opsporing en vervolging onverminderd het recht van de bevoegde minister om de vervolging te bevelen en om de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, vast te leggen.*"

(641) "*Een magistraat die opgedragen wordt zijn ambt uit te oefenen in een andere afdeling of gerechtelijke entiteit en die daarmee niet hoeft in te stemmen, kan tegen die opdracht administratief beroep aantekenen, naargelang van het geval bij het College van de hoven en de rechtbanken of bij het College van het Openbaar Ministerie. Het beroep heeft geen schorsende kracht. Het betrokken College beslist binnen een maand bij meerderheid, nadat het de verzoeker heeft gehoord. Het kan de beslissing bevestigen of ongedaan maken. Bij staking van stemmen is de stem van de voorzitter van het College doorslaggevend. Tegen de beslissing van het College kan een beroep tot nietigverklaring worden ingesteld bij de Raad van State met toepassing van artikel 14, § 1, 2° van de op 12 januari 1973 Gecoördineerde Wetten op de Raad van State. In voorkomend geval wordt het beroep bij de tuchtrechtbank, bedoeld in de artikelen 413, § 5, en 418, § 4, niet toegelaten.*"

(642) Wet 25 december 2016 tot wijziging van de rechtspositie van de gedetineerden en van het toezicht op de gevangenen en houdende diverse bepalingen inzake justitie, BS 30 december 2016, nr. 2016009669, p. 91963.

(643) "*Bij de tuchtrechtbank kan ook het beroep aanhangig gemaakt worden dat door de betrokken magistraten ingesteld is tegen de verhulde tuchtstraffen waarvan zij zich het slachtoffer achten. Dit beroep wordt alleen toegelaten indien de betrokken magistraten vooraf het administratief beroep bedoeld in artikel 330quinquies hebben ingesteld en daarover uitspraak is gedaan.*"

Sommige bepalingen die de rechterlijke onafhankelijkheid garanderen gelden *mutatis mutandis* ook voor het Openbaar Ministerie, zoals de benoemingsprocedure, het financieel statuut en de hierboven vermelde tuchtregels (644).

De Grondwet verleent het Openbaar Ministerie niet alleen institutionele onafhankelijkheid, maar verzekert ook de functionele onafhankelijkheid van de magistraten en korpschefs van het Openbaar Ministerie. Inderdaad, zoals de minister van Justitie Koen Geens het terecht stelde voor de Kamercommissie Justitie in januari 2019, kan “*geen enkele macht (...) het Openbaar Ministerie verbieden een opsporing of vervolging in te stellen. Er is dus geen negatief injunctierecht*”. (645) Dat houdt in dat de minister van Justitie “*zich niet mag inmengen in de leiding van een onderzoek, dat in handen is van de korpschef en in fine, van de procureur-generaal*” (646) en dat hij geen huiszoeking kan aanbevelen, of eisen dat deze of gene persoon wordt verhoord, noch een telefoontap kan bevelen, enzovoort, door zich in de plaats te stellen van het Openbaar Ministerie. Het Openbaar Ministerie is geen openbare dienst met de minister aan het hoofd en de magistraten als zijn ondergeschikten (647).

Deze functionele onafhankelijkheid houdt overigens in dat “*de leden van het Openbaar Ministerie volledig zelf tot een beoordeling mogen komen tijdens de zitting voor het gerecht. Bovendien is tijdens de parlementaire werkzaamheden onderstreept dat de parketmagistraten volledig vrij zijn in de beoordeling van individuele dossiers.*” (648)

Deze functionele onafhankelijkheid wordt mede verzekerd door verschillende bepalingen. Zo blijkt uit artikel 1 van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering (649) dat de rechtsvordering enkel kan worden uitgeoefend door de ambtenaren die de wet daarmee belast. Daaruit volgt *a contrario* dat de enigen die mogen beslissen over het al dan niet instellen van de rechtsvordering de parketmagistraten zijn, die deze uitoefening als wettelijke opdracht toevertrouwd krijgen.

Bovendien stelt artikel 27 van voormeld wetboek dat de procureurs des Konings verplicht zijn de misdrijven bekend te maken aan de procureur-generaal van hun rechtsgebied (650) en zijn bevelen omtrent alle daden van “gerechtelijke politie” uit te voeren. Deze bepaling beperkt inderdaad enigszins de interne functionele onafhankelijkheid van de procureurs des Konings ten opzichte van de procureurs-generaal, maar bevestigt wel impliciet dat deze laatsten los staan van de uitvoerende macht.

(644) Cf. *supra*.

(645) Bijdrage van de minister van Justitie Koen Geens in de Kamercommissie Justitie op 16 januari 2019 – www.dekamer.be, criv. 54 com 1018 (eigen markering).

(646) Openingsrede van de procureur-generaal bij het hof van beroep van Bergen, I. de la Serna, van 1 september 2017, p. 7. In diezelfde optiek kan de minister van Justitie geen seponering bevelen in een dossier of zich op enige wijze verzetten tegen de toepassing van de wet – X. DE RIEMAECKER en G. LONDERS, o.c., p. 36.

(647) *Ibid.* en D. VAN DAELE, “Le droit d’injonction du Ministre de la Justice à l’égard du Ministère Public”, *Vigiles* 1996, p. 7.

(648) *Ibid.* (vrije vertaling).

(649) “De rechtsvordering tot toepassing van de straffen kan niet worden uitgeoefend dan door de ambtenaren die de wet daarmee belast.”

(650) “De procureurs des Konings zijn verplicht, zodra de misdrijven hun ter kennis komen, de procureur-generaal bij het hof van beroep daarvan bericht te geven en zijn bevelen omtrent alle daden van gerechtelijke politie uit te voeren.”

Merk ten slotte op dat de functionele onafhankelijkheid van parketmagistraten zich niet beperkt tot de uitoefening van de rechtsvorderingen en de beoordeling of vervolging wenselijk is. De magistraten van het Openbaar Ministerie genieten deze onafhankelijkheid op vele andere vlakken, zelfs buiten het strafrecht of het (beschermende) jeugdrecht.

Ze kunnen ook zelf beslissen over de teneur van een advies voor een burgerlijke rechtbank (bijvoorbeeld in het kader van familiale geschillen over kinderen (651)) en in alle onafhankelijkheid beslissen om een burgerlijke rechtsvordering in te leiden (zeldzame vordering van maatregelen inzake kinderen voor de familierechtbank (652) of inzake meerderjarige onbekwamen voor de vrederechter, inleiding van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie of dagvaarding tot faillissement voor de ondernemingsrechtbank, vordering van het auditoraat voor de arbeidsrechtbanken, enzovoort).

II. Positief injunctie- en controlerecht van de minister van Justitie en de communautaire en gewestelijke regeringen

Uit de voorschriften van artikel 151, § 1 van de Grondwet vloeit voort dat de functionele onafhankelijkheid van het Openbaar Ministerie niet absoluut is jegens de minister van Justitie. Hij kan dan wel geen vervolging belemmeren of beletten, maar hij *“kan wel via zijn injunctierecht bevelen om feiten te onderzoeken en te vervolgen”*. (653)

Dit **positief injunctierecht** zit bovendien vervat in artikel 364 van het Wetboek van Strafvordering (654). Zoals in het vorige punt reeds was aangestipt, houdt dit recht niet in dat de minister zich *“eventueel kan inmengen en onderzoeksdaden kan stellen, rechtsmiddelen kan gebruiken, vorderingen kan instellen of de inhoud van vorderingen kan bepalen tijdens zittingen voor individuele zaken”*. (655)

In de praktijk wordt dat recht slechts in uitzonderlijke gevallen en in bijzonder gevoelige zaken uitgeoefend. Zo werd de injunctie gegeven om personen te vervolgen in het raam van het proces over de Rwandese volkerenmoord, om het onderzoek opnieuw te openen in de zaak-*Latinus* ingevolge de conclusies van de parlementaire commissie, of om over te gaan tot de aanhouding van een verdachte in een ander gemediatiseerd proces zodat zijn voorwaardelijke invrijheidstelling ingetrokken zou worden (656) ...

(651) Zie art. 764 tot 767 Ger.W.

(652) Deze mogelijkheid is voorzien in art. 387bis BBW en 138bis, § 1 Ger.W., maar wordt in de praktijk bijna nooit gebruikt. De vordering onderscheidt zich echter van het advies in die zin dat het Openbaar Ministerie de zaak aanhangig maakt, een maatregel eist en desgevallend hoger beroep aantekent tegen de beslissing.

(653) Bijdrage van de minister van Justitie Koen Geens in de Kamercommissie Justitie op 16 januari 2019 – www.dekamer.be, criv. 54 com 1018.

(654) *“De procureur-generaal geeft aan de procureur des Konings ambtshalve of op bevel van de Minister van Justitie opdracht om de misdrijven waarvan hij kennis draagt, te vervolgen.”*

(655) *Ibid.* (vrije vertaling).

(656) T. MARCHANDISE, “Le parquet sous l'autorité du Ministre et la liberté du juge d'instruction: un Rubik's Cube”, *Justine*, nr. 31, 2011, p. 5 en 6; I. DE LA SERNA, o.c.

Sinds de grondwetsherziening van 6 januari 2014 (657), in het kader van de zesde staats-hervorming, werd het injunctierecht uitgebreid naar de communautaire en gewestelijke regeringen “*in de aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn*”. Dat injunctierecht is het verlengstuk van de mogelijkheid, sinds de vierde staats-hervorming van 1993, voor de gemeenschappen en gewesten om bepaalde schendingen van hun wetgeving strafbaar te stellen (658).

Artikel 11*bis* van de wet van 8 augustus 1980 laat de bevoegde gewest- of gemeenschapsminister voortaan toe om zich te wenden tot de federale minister van Justitie om het verzoek tot vervolging of onderzoek door te geven aan het Openbaar Ministerie. De uitvoerende macht van de deelstaten is zo begiftigd met een onrechtstreeks injunctierecht (659).

III. Algemeen beleid van het College van procureurs-generaal

Het door artikel 143*bis* van het Gerechtelijk Wetboek (660) ingestelde College van procureurs-generaal komt wekelijks samen en is enerzijds gelast met “*de goede algemene en gecoördineerde werking van het Openbaar Ministerie*”, en anderzijds met “*de coherente uitwerking*” van de richtlijnen inzake strafrechtelijk beleid die de minister van Justitie aanneemt (661). De beslissingen van het College van procureurs-generaal zijn bindend ten aanzien van alle magistraten van het Openbaar Ministerie van het Koninkrijk (662).

Daar waar het eerste aspect van de opdracht vooral raakt aan de institutionele onafhankelijkheid van de leden van het parket, houdt het tweede aspect werkelijk een beperking in van de functionele onafhankelijkheid. Zo stelt artikel 143*quater* van het Gerechtelijk Wetboek inderdaad dat de minister van Justitie “*de richtlijnen (vastlegt) van het strafrechtelijk beleid (...), inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, nadat hij het advies van het college van procureurs-generaal heeft ingewonnen*”, dat deze richtlijnen “*bindend*” zijn voor alle magistraten van des lands Openbaar Ministerie en dat het College van procureurs-generaal instaat “*voor de tenuitvoerlegging van deze richtlijnen binnen hun rechtsgebied*”. Dat College stuurt in dat opzicht rondzendbrieven uit.

(657) BS 31 januari 2014, nr. 2014200312, p. 8588.

(658) Art. 11 Bijz. Wet 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, gewijzigd door de wet van 11 juli 1993.

(659) Het nieuwe artikel 11*bis* van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 luidt als volgt: “*Indien het daartoe aangewezen lid van de gemeenschaps- of gewestregering de in artikel 151, § 1, eerste lid, van de Grondwet bedoelde minister verzoekt om vervolgingen te bevelen, beveelt hij deze vervolgingen zonder verwijl en zendt hij het verzoek over aan het Openbaar Ministerie.*

Voor de aangelegenheden die onder hun bevoegdheden vallen, nemen de regeringen van de gemeenschappen en de gewesten, elk wat hen betreft, deel aan de uitwerking van de bindende richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, met inbegrip van die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, alsook aan de uitwerking van de Kadernota Integrale veiligheid en het Nationaal Veiligheidsplan.

De gemeenschappen en de gewesten nemen, voor de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren, deel aan de vergaderingen van het College van procureurs-generaal, met inbegrip van de prioritisering van de richtlijnen van het strafrechtelijk beleid in het algemeen.”

(660) Zie art. 143*bis*, § 1 Ger.W.: “*De procureurs-generaal bij de hoven van beroep vormen samen een college, college van de procureurs-generaal genaamd, dat onder het gezag van de minister van Justitie staat. De bevoegdheid van het college strekt zich uit over het gehele grondgebied van het Rijk (...).*”

(661) *Ibid.*, § 2.

(662) *Ibid.*, § 1, tweede zin.

Deze richtlijnen hebben enkel betrekking op het **strafrechtelijke beleid**, met name op de keuze om al dan niet een onderzoek en vervolging in te stellen in het kader van strafrechtelijke misdrijven. Onder andere de adviezen van de procureur des Konings in het kader van bepaalde burgerlijke procedures, faillissementen (behalve strafrechtelijke vervolgingen die eventueel in dit kader worden opgestart) en gerechtelijke reorganisaties, vallen hier dus buiten.

Niettemin beperkt dit onmiskenbaar de keuze om te vervolgen of te seponeren, wat toechen van de hoekstenen is van de functionele onafhankelijkheid van het Openbaar Ministerie. X. De Riemaecker en G. Londers merken in dit opzicht echter op: *“Hoewel het strafrechtelijke beleid een rem lijkt te vormen op de onafhankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de uitoefening van de rechtsvorderingen, leidt dit veeleer tot een nauwere samenwerking om de rechtzoekende meer zekerheid te geven dat de vervolgingen uniform zijn, dan dat de onafhankelijkheid van het Openbaar Ministerie in het gedrang komt. Men dient vast te stellen dat de vereiste van een performant, correct en transparant vervolgings- en bijgevolg seponeringsbeleid, onmiskenbaar moet steunen op interne richtlijnen, die als een beperking kunnen worden beschouwd voor de magistratuur van het Openbaar Ministerie, maar die noodzakelijk zijn voor een gezonde, samenhangende rechtspleging in het gehele Koninkrijk.”* (663)

Afdeling 3. Onafhankelijkheid en controlemechanismen

I. Interne controlemechanismen

A. Beginselen

XAVIER DE RIEMAECKER, ereadvocaat-generaal Hof van Cassatie, gewezen voorzitter van de Hoge Raad voor de Justitie

De interne controles vloeien voort ofwel uit de noodzakelijke doorzichtigheid van het functioneren van het gerechtelijk apparaat (de openbaarheid van de debatten, de motivering van de gerechtelijke beslissingen, de uitoefening van de rechtsmiddelen), ofwel uit de noodzaak de onafhankelijkheid van de rechter te waarborgen (zoals onverenigbaarheden, het cumulverbod van gerechtelijke ambten, de wederzijdse controle tussen de zittende magistratuur en het parket en de tuchtrechtelijke controle van de korpschef).

Zo laat de grondwettelijke motiveringsverplichting (664) niet enkel de controle van de gerechtelijke uitspraak door de beroeps- of cassatie-instanties toe, maar ook van de rechtzoekende zelf, in voorkomend geval bijgestaan door zijn raadsman.

De openbaarheid van de zittingen, opgelegd in artikel 148 van de Grondwet, vormt eveneens een waarborg voor de rechtzoekende en laat controle toe, zowel door laatstgenoemde als door de publieke opinie, onder meer via de pers (665).

(663) X. DE RIEMAECKER EN G. LONDERS, *o.c.*, p. 29 (vrije vertaling).

(664) Art. 149 Gw.

(665) Zie hoofdstuk 2, afdeling 3 “Onafhankelijkheid en controlemechanismen”, punt III “De informele externe controle uitgeoefend door de balie en door de media”.